

البنك الإسلامي للتنمية

ا عهد الإسلامي للبحوث والتدريب

مدى صحة تضم   يد الأمانة بالشرط

الفقة الإسلامي

أ.د. نزيه   اد

ث رقم 53

(ح) ا عهد الإسلامي للبحوث والتدريب, 1420هـ
فهرسة مكتبة ا لملك فهد الوطنية أثناء النشر
اد, نزيه

مدى صحة تضم يد الأمانة بالشرط الفقة الإسلامي – جدة
66صفحة , 17سم × 24سم ث رقم 53
ردمك: 1 – 073 – 32 – 9960
1- المعاملات (فقه إسلامي)

ديوي 253 19/4012

رقم الإيداع : 19/4012
ردمك: 1 – 073 – 32 – 9960

الطبعة الأولى: 1419هـ (1998م)
الطبعة الثانية: 1420هـ (2000م)

بسم الله الرحمن الرحيم

ا ـحـتـويـات

الصفحة

تقد

من الحقائق الإيمانية المستقرة لدى كل مسلم قدرة النظام الإسلام, في جميع الظروف, على الوفاء بحاجات الأمم ومصالحا, بل لقد أصبحت هذه الحقيقة مشهورة عند غير المسلمين, واعترف أساتذة الغرب وعلماؤه بعظمة الإسلام وعلو شريعته.

وتكمن عظمة النظام الإسلامي في نصوصه الشرعية الشاملة والمرنة في نفس الوقت, والقادرة على مواجهة كافة المشكلات ووضع الحلول الناجحة لها, على اختلاف الأزمنة والأمكنة.

لكن هذه العظمة تظل حبيسة الكتب حتى يقبض الله لها من العلماء والمفكرين المخلصين من ينقبون عنها, ويخرجونها للناس في ثوب جديد يتناسب مع مقتضيات العصر الذي يعيشون فيه.

واستشعار لواجب القيام بهذه المهمة, فقد أنشأ البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث التدريب للمبادرة بتقديم البحوث الدراسات في مجال تطبيق الشريعة الإسلامية, ذات التأثير على الحياة الاقتصادية والمالية والمصرفية للشعوب والمجتمعات الإسلامية.

ومن الأنشطة المهمة التي يقوم المعهد بها, خدمة لأغراضه, تكليف باحثين من خارجه للقيام ببحوث حول الموضوعات التي تخدم رسالته, وتعين على تحقيق أهدافه.

وفي هذا الإطار نقدم للقارئ الكريم البحث الذي بين أيدينا " مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي" للأستاذ الدكتور "نزيه حماد ". وهو من الباحثين الشرعيين المعروفين بالمثابرة, ودقة البحث, والعقل المتجدد المنضبط بضوابط الشريعة الغراء.

وفضيلته, في بحثه هذا, يتتبع المسألة موضوع البحث تتبعا دقيقا ومحيطا في كتب الفقه القديمة والحديثة ويعرضها علينا عرضا علميا منطقيا منظما, فيبدأ بتعريف يد الأمانة ويد الضمان والفرق بينهما, ثم يبين الظروف التي يمكن أن تنقلب فيها يد الأمانة إلى يد ضامنة, ومتى يجوز اشتراط الضمان على صاحب اليد الأمينة, ومتى يصح هذا الاشتراط ومتى لا يصح, وفي خلال ذلك يستعرض آراء الفقهاء المعتمدين في المذاهب المختلفة ليصل في ختام بحثه إلى رأيه الجديد وهو: "جواز اشتراط الضمان على الأمين وأنه صحيح وملزم شرعا" , لكنه يؤكد أن هذا الضمان ليس مطلقا فهو لا يتناول إلا المتلفات, أما ما يصيب رأس المال – في المضاربة – من خسارة أو نقصان فهو لا يمكن القول بضمانه – دون تعد أو تفريط في المضارب – إذ إن ذلك لا يجوز شرعا.

ولما لهذا البحث من أهمية, ولما تضمنه من نتائج تهم المصارف الإسلامية, وتشغل تفكير الاقتصاديين المسلمين, فقد رأت اللجنة العلمية بالمعهد في جلسته الثالثة والسبعين نشره ضمن مطبوعات المعهد, آملين أن يكون إضافة مفيدة إلى المكتبة الإسلامية يسترشد به الباحثون في الاقتصاد الإسلامي ويستضيء به طلاب الحقيقة في كل مكان.

سائلين الله تبارك وتعالى أن ينفع به المسلمين في شتى مواقعهم.
والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل.

د. معبد علي الجارحي

مدير المعهد

مقدمة

الحمد لله الذي أفاض على عباده النعمة, وكتب على نفسه الرحمة, وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له, شهادة مبوئة لقائلها جنة الفوز في العقبى, وأن محمدا عبده ورسوله, أرسله إلى الخلق أجمعين, فأوضح بنوره سبل السالكين, صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن دعا دعوته وسار على هديه واتبع نهجه إلى يوم الدين.

وبعد: فقد اشتهر على ألسنة الباحثين والفقهاء المعاصرين أن يد الأمانة لا تضمن شرعا إلا بالتعدي أو التفريط, وأن اشتراط الضمان على الأمين باطل, وأن هذا الحكم من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة, أو المسلمات التي اتفق عليها الفقهاء, فلا تصح مخالفتها, ولا الاستثناء منه, ولا الاجتهاد فيه. وكلما قامت حاجة أو مصلحة إلى اشتراط الضمان على أحد الأمناء – كالمستأجر والمضارب والوكيل وغيرهم – أوصدوا الباب أمام الفكرة, فأحجم الناس عن المعاملة مع ما في ذلك من عنت ومشقة, أو لجؤوا إلى الاحتيال عليها باستخدام التأمين التجاري – ليقوم بدور المحلل بحيث يلقى عليه عبء الضمان, فيتولى حمله عن الأمين المضمن – ضمنا – حيث يشترط صاحب المال في أصل المعاقدة انتفاء التزامه بضمانة بالكلية .. والأمثلة على ذلك كثيرة, لا يتسع المقام لبسطها.

ومن جهة أخرى, فإن المستعرض لعقود الأمانة في مدونات الفقه الإسلامي يجد في بعضها – بعد ذكر حكم يد الحائز فيها, وأنها يد أمانة – قول المصنف: وإذا أردت تضمين الأمين, فالحيلة إلى ذلك أن تفعل كذا وكذا .. وكان أولئك الفقهاء أدركوا مبلغ الضيق والحرج المترتب على حظر وإبطال

تضمين الأمين بالشرط – كما هو مقرر في مذاهبهم – نظرا لانتفاء ثقة صاحب المال بأمانته, وعدم طمأنينته إلى إمكان إثبات تعديه أو تفريطه إذا وقع منه وجحده, وخاصة مع فساد الزمان, وكثرة خيانة الأمناء, وعدم مبالاتهم بأكل أموال الناس بالباطل, فحاولوا رفع ذلك الحرج والعنت عن طريق الحيل الفقهية..

وقد حفزني ذلك الحال في هذه الواقعة المهمة إلى إعداد بحث يتولى الإجابة عن مجموعة من الأسئلة والاستفسارات في القضية.

1. ماهو معنى " يد الأمانة" في الفقه الإسلامي, وهل صحيح أنها لا تضمن من غير تعدٍ أو تفريط؟ أم أنها تضمن بموجبات أخرى؟
2. وهل هناك دليل نصي في الكتاب والسنة على عدم ضمانها إلا بتلك الأسباب, أم هو نظر اجتهادي, ورأي فقهي, يحتمل الصواب والخطأ, ويقبل المراجعة والمناقشة؟
3. ثم من هم الأمناء (أصحاب يد الأمانة) ؟ وهل اتفق الفقهاء على تحديدهم؟ وهل ثبت ذلك الحكم في حقهم بنص تشريعي لا تجوز مخالفته, أم باستنباط اجتهادي يخضع للنظر والتأمل, ويرد عليه التحرير والتنقيح, والتصويب والتصحيح؟
4. ثم إن الحكم ببطلان اشتراط الضمان على الأمين, هل هو محل إجماع الفقهاء, أم هو رأي ووجهة نظر في مسألة فقهية خلافية؟

وإذا كنت خلافية, فماذا قيل فيها, وما برهان كل فريق على صحة ما ذهب إليه؟ وما هو القول الراجح فيها؟

5- إن حكم اشتراط الضمان على الأمين هو فرع للقاعدة الأصلية في حكم الشروط العقدية, فيا ترى ما الأصل في الشروط المقترنة بالعقود شرعا؟ وما هو المقبول منها والمرفوض؟ وما هو معيار التفرقة بين الصحيح منها والفاسد؟ وما أساس ذلك ومستنده؟

وقد حاولت في هذا البحث تقديم دراسة وافية للقضية, بحيث تلم شعثها, وتجمع متفرقها, وتعرض مقولات الفقهاء فيها المنثورة في بطون مدونات الأحكام وتضاعيف الأبواب والفصول والأجزاء, مع بذلك الوسع في تحليلها ومناقشتها والترجيح بينها, في ضوء النصوص الشرعية, وهدي القواعد الأصولية والفقهية, وظل مقاصد الشريعة الكلية, سائلا المولى أن يهديني إلى صواب القول وصحيح النظر, و يعصمني من الخطأ والزلل.

وقد اقتضيت طبيعة البحث تقسيمه إلى أربعة مباحث وخاتمة:

أولها : في مفهوم يد الأمانة وحكمها ودليله.

والثاني : في انقلاب يد الأمانة إلى يد الضمان.

والثالث : في حكم الشروط المقترنة بالعقد.

والرابع : في حكم اشتراط الضمان على الأمين.

أما الخاتمة: ففي بيان أهم نتائج البحث.

هذا, ولست أضمن أن عملي هذا براء من كل عيب ونقص, وما أنا بمدع فيه رفعة وإتقاناً, وذلك لقصر الباع وقلة البضاعة, وحسبي أن أتأسى وأتمثل بقول ابن القيم في مقدمة كتابه " طريق الهجرتين " : " فيا أيها القارئ له والناظر فيه, هذه بضاعة صاحبه المزجاة مسوقة إليك, وهذا فهمه ونظره

معروض عليك, لك غنمه, وعلى مؤلفه غرمه, و لك ثمرته, وعليه عائدته فإن عدم منك حمدا وشكرا, فلا يعدم منك عذراً.

والله خير مسؤول أن يكتب لقارئه النفع والفائدة, ويتقبله مني بحسن المثوبة والأجر .. فمنه سبحانه وتعالى وحده الاستمداد, وعليه التوكل والاعتماد, وهو حسبنا ونعم الوكيل؟

أ.د. نزيه حماد

ثانكوثر (كندا) 1418/5/16هـ

الموافق 1997/9/17م

مفهوم يد الأمانة وحكمها ودليله

تعريف اليد :

1 – تطلق " اليد " في اللغة على الجارحة المعروفة من المنكب إلى أطراف الأصابع وتستعار للنعمة والولاية و الحوز والملك والقوة والسلطان.

وفي الاصطلاح الفقهي: هي عبارة عن القرب والاتصال. كما قال العز ابن عبد السلام.

وقال الزركشي: اليد قسمان, حسية, ومعنوية. فأما الحسية : فهي من الأصابع إلى الكوع. ويدخل الذراع في ذلك بحكم التبعية لا بالحقيقة. وأما المعنوية: فالمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة. وهي كناية عما قبلها, لأنه باليد يكون التصرف.

أقسام اليد (المعنوية):

2 – لقد قسم الفقهاء اليد المعنوية في اصطلاحهم إلى قسمين: يد ضمان, ويد أمانة.

- فأما يد الضمان: فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه (عدوانا) كالغاضب والسارق, أو بإذنه ولكن بقصد تملكه, كالقابض على سوم الشراء والملتقط بنية التملك.

وحكم هذه اليد الضمان, أي غرم ما يتلف تحتها من أعيان مالية مطلقا, أيا كان سبب هلاكها أو ضياعها, وعليها رد المثل التالف إن كان مثليا وقيمته إن كان قيماً. جاء في شرح الحموي على الأشياء والنظائر " الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا وقيمته إن كان قيماً ".

- وأما يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه – لا بقصد تملكه – لمصلحة تعود لمالكه (كالوديع والوكيل والأجير الخاص والولي والوصي على مال اليتيم والناظر على الوقف وبيت المال) أو مصلحة تعود للحائز (كالمستأجر والمستعير والمرتهن والقابض على سوم النظر) أو مصلحة مشتركة بينهما (كالمضارب والشريك والمزارع و المساقي).

وقد جاء في م (762) من مجلة الأحكام العدلية: " الأمانة: هي الشيء الذي يوجد عن الأمين, سواء أكان أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة, أو كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار, أو دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد, كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره, فحيث كان ذلك بدون عقد, فلا يكون وديعة, بل أمانة فقط.

وحكم هذه اليد أنها لا تتحمل تبعة هلاك ما تحتها من الأول ما لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليها. فإن وقع شيء من ذلك صارت ضامنة, ولزمها غرم بدل التالف لمالكه, المثل في المثليات, والقيمة من القيميات. وقد جاء في م(768) من مجلة الأحكام العدلية. " والأمانة لا تكون مضمونة, يعني: إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه, فال يلزمه الضمان.

تحديد الأيدي الأمينة:

3 – لا خلاف بين الفقهاء في أن يد الوديع والمستأجر والمضارب والشريك والرسول والأجير الخاص والوكيل بغير أجر والوالي والوصي والقيم والملتقط بقصد التعريف ومن ألقت الريح في بيته متاعا لغيره .. كلها أيد أمينة, فلا تضمن من غير تعد ولا تفريط. لأن الأصل في هذه الأيدي – في الجملة

الإرفاق والمعونة, فلو اعتبرت ضامنة مطلقا لزهد الناس في قبول موجباتها ورغبوا عنها وامتنعوا, وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين.

4 – ولكن الفقهاء اختلفوا في بعض الأيدي الأخرى كيد المستعير والمرتهن والوكيل بأجر والأجير المشترك والصناع, فذهبت طائفة منهم إلى أن يدهم يد أمانة, وذهب غيرهم إلى أنها يد ضمان. ويرجع اختلافهم في ذلك إلى عدة أسباب:

أحدها: أن بعض هذه الأيدي يتنازعها شبهان, شبه إلى الأيدي الأمينة وشبه إلى الأيدي الضامنة, فمن ترجح في نظره غلبه شبهها بالأيدي الأمينة جعلها منها, ومن ترجح عنده غلبة شبهها بالأيدي الضامنة اعتبرها من زمرتها.

والثاني: استحسان بعض الفقهاء تضمين بعض الأيدي الأمينة في الأصل نظرا لقيام التهمة في هلاك ما بأيدي أربابها من متاع الغير بسبب تعديهم أو تقصيرهم.

والثالث: اختلاف العلماء في ثبوت أو دلالة بعض النصوص التي وردت في بعض الأيدي, مثل حديث " ليس على المستعير غير المغل ضمان " و " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " و " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك " وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم – أنه استعار من صفوان بن أمية أدرعا يوم حنين, فقال: أغصبا يا محمد ؟ فقال: " بل عارية مضمونة ".

دليل انتفاء ضمان يد الأمانة:

5 – لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يتلف في حوزتها من غير تعد أو تفريط. ولهذا انحصر استدلال الفقهاء على أصل عدم تضمينها بأمرين:

أحدهما: اعتبار الحائز نائبا عن المالك في اليد والتصرف, وذلك يستوجب أن يكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكها, حيث إنه قبضها بإذنه ورضاه دون قصد تملكها منه.

والثاني: استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز. وقد عبر عن ذلك الشوكاني بقوله: " الأصل الشرعي هو عدم الضمان, لأن مال الأمين معصوم بعصمة الإسلام, فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع. ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت" وقال أيضا: "ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط, فإن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام, فلا يجوز إلا بحجة شرعية, وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل".

وعلى هذا فلا يصح الحكم بتضمين يد الأمانة التي لم يقع منها تعد ولا تفريط إلا بموجب شرعي يسوغ الاستثناء من ذلك العموم, كالمصلحة والعرف والتراضي وطيب النفس المبيح لأكل أموال الناس كما قال تعالى: { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } (النساء الآية 29) وقال: { فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا } (النساء الآية 4) ونحو ذلك مما سيأتي بيانه.

مفهوم تضمين يد الأمانة بالشرط:

6 – المراد بتضمين الأمين بالشرط – أو بغيره من موجبات تضمينه – في الاصطلاح الفقهي منحصر في" ضمان المتلفات ", أي أن يصير هو المتحمل لتبعة الهلاك الكلي أو الجزئي لما تحت يده من تلك الأموال – أيا كان سببه – بحيث يلتزم برد مثل التالف إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات وليس المقصود بتضمينه أن تشغل ذمته بذلك المال المقبوض, ويصير دينا فيها, يلزمه أداؤه لصاحبه كسائر الديون التي تثبت في الذمة, وإلا لتحول الأمناء عند اشتراط الضمان عليهم إلى مقترضين, وذلك لا سبيل إلى قبوله شرعا, لما فيه من تفريغ عقود الأمانة من مضمونها, وتعريتها عن حقيقتها, والتوسل بها إلى القروض الربوية.

انقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان

7 – هناك أسباب وموجبات عديدة لانقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان, منها ماهو متفق عليه بين الفقهاء, كالتعدي, والتفريط. ومنها ما هو مختلف فيه أو نص عليه بعض الفقهاء دون سائرهم, مثل التجهيل, والعرف, وتطوع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد, والمصلحة, والتهمة, واشتراط الضمان على الأمين. وسنعرض لبيان كل واحد منها على حدة.

أولا – التعـدي:

8 – التعدي لغة: هو الظلم وتجاوز الحد. وفي الاصطلاح الفقهي: " هو مجاوزة ما ينبغي الاقتصار عليه شرعا أو عرفا وعادة ".

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن تعدي الأمين موجب لضمانه, كتعدي الوديع على الوديعة بإتلافها أو بانتفاعه بها بدون إذن صاحبها, وكتعدي المضارب بتقليب المال فيها لم يأذن رب المال له فيه, وكتعدي الأجير بمخالفة أمر المستأجر صراحة أو دلالة, وكتعدي الوكيل على ما بيده من مال الموكل باستهلاك أو تعمد فساد ... الخ وذلك لأنه مباشر للإتلاف أو متسبب فيه ظلما وعدوانا.

وإذا وقع اختلاف بين الأمين وصاحب المال فيما يعتبر تعديا على ماله,, فإنه يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص في ذلك. وقد جاء في م 714 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: " يرجع معرفة التعدي من عدمه عند الاختلاف إلى ذوي الخبرة ".

ثانيا – التفريط:

9 – التفريط في اللغة: التقصير والتضييع, يقال: فرط في الأمر تفريطا, أي قصر فيه وضيعه حتى فات. أما الإفراط: فهو الإسراف ومجاوزة الحد. وقال الشريف الجرجاني: الفرق بين الإفراط والتفريط أن الإفراط يستعمل في تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال, والتفريط يستعمل في تجاوز الحد من جهة النقصان والتقصير.

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن يد الأمين الحائز تنقلب وتتحول بالتفريط إلى يد ضمان. وعلى ذلك فإذا فرط المضارب أو الوديع أو المستأجر أو الشريك ونحوهم من الأمناء في المحافظة على ما بحوزته من الأعيان أو الأموال المؤتمن عليها, فإنه يضمن بتفريطه, حيث إنه متسبب في تلفها بترك ما وجب عليه في حفظها.

والتفريط الموجب للضمان: هو ما يعد في عرف الناس تهاونا في الحفظ والصون, لا يفعله العاقل بماله, ويختلف في كل شيء بحسبه.

10 – هذا وقد ذكر الفقهاء أن التعدي يكون غالبا في صورة فعل, كإتلاف الوديع أو استهلاكه للوديعة, وكاستعمالها بدون رضا صاحبها, ونحو ذلك. أما التفريط فيكون غالبا في صورة ترك فعل, مثل عدم منع الوديع سارق الوديعة من سرقتها مع اقتداره على ذلك, وعدم وضعها في حرز مثلها, ونحو ذلك.

ثالثا – التجهيل:

11- من معاني التجهيل في اللغة: النسبة إلى الجهل. يقال: جهلت فلانا, أي نسبتهُ إلى الجهل.

أما في المصطلح الفقهي, فالتجهيل هو عدم تبيين الأمين حال الأمانة التي بيده عند موته, مع علمه بأن وارثه لا يعرف كونها أمانة عنده.

وقد جاء في القواعد الفقهية عند الحنفية " الأمين بالتجهيل يصير ضامنا", وعللوا ذلك بأن موته مجهلا حال الأمانة التي بيده يعتبر منعا للأمانة عن ربها ظلما, وذلك موجب لضمانه. وقال الكاساني: إن الأمين لما مات مجهلا للأمانة, فيكون قد أتلفها معنى, لخروجها من أن تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل, وهو تفسير الإتلاف. وذكر السرخسي أن أصل المسألة هو أن الأمين إذا مات مجهلا للأمانة, فإنها تصير دينا في تركته, حيث إنه بالتجهيل صار متملكا لها, إذ اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك, ولهذا لو

صار متملكا لها, إذ اليد المجهولة عند الموت تتقلب يد ملك, ولهذا لو شهد الشهود بها, كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك, حتى إن القاضي يقضي للوارث بها, والأمين بتملك الأمانة يصير ضامنا. وأيضا: فإنه بالتجهيل يصير مسلطا غرماءه وورثته على أخذها, والأمين بمثل هذا التسليط يصير ضامنا, كما لو دل سارقا على سرقتها. ولأنه التزم أداء الأمانة, ومن أداء الأمانة بيانها عند موته, وردها على المالك إذا طلب, فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب, فإنه يضمن أيضا بترك البيان عند الموت.

12 – وتفريعا على هذا الأصل جاء في م (1355) من المجلة العدلية: " إذا أخذ أحد الشريكين مقدارا من مال التجارة, ومات وهو في حال العمل مجهلا, فتستوفي حصة شريكه من تركته ". وجاء في م (1430) منها: " إذا مات المضارب مجهلا, فالضمان في تركته " وجاء في م (801) منها: " إذا مات المستودع بدون أن يبين حال الوديعة يكون مجهلا, فتؤخذ قيمة الوديعة من تركته, كسائر ديونه ". وجاء في م (795) من مرشد الحيران: " إن مات المستعير مجهلا للعين المستعارة, ولم توجد في تركته, تكون دينا واجبا أداؤه من التركة ".

13 – وقد ذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الحنفية من أن يد الأمانة تقلب إلى يد ضمان بالتجهيل, ونصوا على ذلك في الوديع والمضارب و الوصي والوكيل والأجير وعامل الوقف وناظره إذا مات أحدهم مجهلا الأمانة التي بيده, وعللوا قولهم بمثل ما علل به الحنفية.

وإلى نحو ما ذكرنا اتجه الشافعية والمالكية, ولكن مع بعض الاختلاف في التفصيلات والتقييدات والأحكام والتسميات.

رابعا – العرف:

14 – ذهب بعض فقهاء الحنفية والمالكية إلى اعتبار العرف موجبا لتغير يد الأمانة إلى يد ضمان, إذ " العادة محكمة " و " العرف حجة يلزم العمل به ما يخالف نصا شرعيا ". ومن الأمثلة على ذلك:

أ) ما جاء في " كشف القناع عن تضمين الصناع " للحسن بن رحال المعداني المالكي: أن قاضي القضاة شمس الدين التتائي بعد أن ذكر في شرحه على خليل قوله في المختصر بعدم تضمين الحراس ما يحرسونه قال ما نصه: " والعرف الآن ضمان الحارسين, لأنهم إنما يستأجرون على ذلك ". ونقله عنه اليزناسي في شرح التحفة وسلمه.

ب) وقول ابن نجيم في " الأشياء والنظائر " عند شرح قاعدة المعروف كالمشروط ": وحين تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن أجر مطبخا لطبخ السكر, وفيه فخار, أذن للمستأجر في استعمالها, فتلف ذلك, وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر, فأجبت بأن المعروف كالمشروط, فصار كأنه صرح بضمانها. والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية, ذكره الزيلعي في العارية, وجزم به في الجوهرة.

خامسا – تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد:

15 – ذهب المالكية إلى أن صاحب يد الأمانة إذا تبرع بالتزام ضمانها بعد تمام العقد المقتضي لها, فإنها تصير مضمونة في يده, لأن ذلك من باب التبرع بالمعروف, وهو واجب على من التزمه في مذهب مالك.

قال ابن رشد: " إن العقد إذا سلم من الشرط, وكان أمرا طاع به بعده على غير وأي. ولا مواطأة, فذلك جائز, لأنه معروف أوجبه على نفسه, والمعروف عند مالك لازم لمن أوجبه على نفسه ما عدا جارية الوطء ".

وقال ابن زرب: " فلو تبرع بالضمان, وطاع به بعد تمام الاكتراء, لجاز ذلك. قيل له: فيجب على هذا القول الضمان في مال القراض إذا طاع به قابضه بالتزام الضمان؟ فقال: إذا التزم الضمان طائعا بعد أن شرع في العمل, فما يبعد أن يلزمه.

16 – بل إن بعض فقهاء المالكية ذهبوا إلى صحة تطوع الأمين بالتزام الضمان عند العقد لا بعده. فجاء في " إيضاح المسالك " للونشريسي: " ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف بن بشير: أنه أملى عقدا بدفع الوصي مال السفيه قراضا إلى رجل على جزء معلوم, وان العام طاع بالتزام ضمان المال وغرمه. وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك, ونصره بحجج بسطها, وأدلة قررها, ومسائل استدل بها, وقال بقوله فيها. واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره, وقال: التزامه غير جائز. وفي سماع ابن القاسم ما يشهد لصحة

الاعتراض على ابن بشير. وفي رسم الجواب من سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قولة" .

سادسا – المصلحة:

17 – لقد ذهب المالكية في المشهور إلى تضمين الصناع, وهم الأجراء الذين ينتصبون لحرفة أو صناعة, فيدفع الناس إليهم أمتعتهم, ويتعاقدون معهم على صنع شيء أو إصلاحه لهم منها في غيبتهم, كالخياط والطراز والصباغ والقصار والنجار والخراز وغيرهم .. وذلك بناء على المصلحة العامة وسدا لذريعة الفساد.

فمع أن الأصل في كل صانع أنه مؤتمن على ما بيده من أعيان الناس الذين استاجروه, غير ضامن لها, بناء على البراءة الأصلية, وتفريعا على القاعدة الفقهية: (الأصل فيمن دفع مختارا لا على قصد التمليك الائتمان) فقد ذهب الإمام مالك وأصحابه إلى تضمينه ما يتلف تحت يده منها استثناء لداعي المصلحة وصيانة لأموال الناس.

قال الونشريسي: إن الصناعي إنما ضمنوا لتأثير عملهم في عين المصنوع وذاته .. لأن السلعة إذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق, فكان الأصلح للناس بهذا التضمين. وأيضا: في تضمينهم

مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع, وفي ترك الضمان عليهم ذريعة إلى إتلاف الأموال, وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع, إذ ليس كل واحد من الناس يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه, فلو قبل قولهم في التلف مع علمهم بضرورة الناس إليهم, لأوشك أن تنبسط أيديهم على أموال الناس. فلا بد من الضمان إن لم تقم البيئة على المشهور.

وقال الشاطبي: " إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع. قال علي رضي الله عنه : لا يصلح الناس إلا ذاك. ووجه المصلحة فيه : أن الناس لهم حاجة إلى الصناع, وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال, والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ, فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين : إما إلى ترك الاستصناع بالكلية, وذلك شاق على الخلق. وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع, فتضيع الأموال, ويقل الاحتراز, وتتطرق الخيانة, فكانت المصلحة التضمين. هذا معنى قوله: لا يصلح الناس إلا ذاك ".

وجاء في المقدمات الممهدات لابن رشد: " الأصل في الصناع أن لا ضمان عليهم, وأنهم مؤتمنون, لأنهم أجراء وقد أسقط النبي – صلى الله عليه وسلم – الضمان عن الأجراء في الائتمان, وضمنوهم نظرا واجتهادا, لضرورة الناس إلى استعمالهم. فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون, ويصدقون فيما يدعون من التلف, لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس, واجترءوا

على أكلها, فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها, وللحق أرباب السلع في ذلك ضرر شديد ".

سابعا – التهمة:

18 – المراد بالتهمة هاهنا: رجحان الظن وغلبة الاحتمال – بشهادة العرف في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه.

وقد اعتبر المالكية التهمة موجبا لتغير حال يد الأمانة إلى يد ضمان في مسائل متعددة. وكذا أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة في الأجير المشترك, وبيان ذلك:

أ) أن المشهور في مذهب مالك عدم تضمين المرتهن والمستعير مالا يغاب عليه من الأعيان (أي ما يظهر هلاكه ولا يخفى) كالدور و الأرضين والحيوان, إذا ادعى هلاكه بدون تعديه أو تفريطه, اعتبارا للأصل في يده أنها يد أمانة. أما إذا كان المرهون أو المستعار مما يغلب عليه (أي ما يخفى هلاكه) كالحلي والثياب والجواهر والنقود, فإنه يكون ضامنا له. وأساس التفرقة بين الحالتين قيام التهمة في دعوى هلاك ما يغاب عليه فيضمن, وانتفاؤها فيما لا يغاب عليه فيكون أمانة في يده. قال

القرافي : " فنحن نجعل كونه مغيبا عليه مرجحا للضمان, لكونه مظنة التهمة, فهو مناسب ".

وبناء على ذلك : فإذا أقيمت البينة فيما يغاب عليه من المتاع أن الهلاك لم يكن بسببه, فيرتفع عنه الضمان. قال القاضي عبد الوهاب: " لأن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له بتلفه, فلم يلزمه الضمان ". ثم بسط القاضي عبد الوهاب التعليل بقوله: " إذ سبب الضمان معدوم, لأنه إنما يضمن لئلا يكون قد أتلفه, وادعى أنه تلف بغير صنعه. فإذا علم صدقه فلا ضمان. ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له " قبل قوله, ولم يضمن ".

ب) لقد فرق المالكية – في المشهور – في تضمين الأجراء على حمل المتاع ونقله من مكان لآخر, إذا هلك في أيديهم بين ما إذا كان المحمول طعاما فقالوا بتضمينهم إياه, وبين ما إذا كان غير ذلك من الأشياء فلم يضمنوهم, وقالوا: إن فيصل التفرقة بين الحالتين التهمة, فحيث كانت قائمة ترتب عليها الضمان, وحيث كانت منتفية لم يعدل عن الأصل, وهو الائتمان.

قال القرافي في الفرق السابع والمائتين بين قاعدة ما يضمنه الأجراء إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنونه: " اعلم أن الهالك خمسة أقسام: ...

الرابع : ما هلك بقولهم من الطعام لا يصدقون فيه لقيام التهمة, ولهم الكراء كله, لأن شأن الطعام امتداد الأيدي إليه, لأنهم استحقوه بالعقد.

الخامس : ما هلك بأيديهم من العروض يصدقون فيه لعدم التهمة, ولهم الكراء كله, وعليهم حمل مثله من موضع الهلاك. لأنهم لما صدقوا أشبه ما لو هلك بأمر سماوي ".

وقال الونشريسي : " وإنما ضمن مالك حامل الطعام إذا لم تقم له بينة على التلف من غير سببه – ولم يضمن حامل غيره حتى تقوم عليه البينة بالتفريط والإضاعة – لأن العادة جارية أن الأكرياء يسرعون إلى الطعام الذي في أيديهم لدناءة أنفسهم, ولما يعلمون أن نفوس أهل الأقدار والمروءة تأنف من مطالبتهم بمثل المأكولات, لا سيما العرب مع كرمها وعزة نفوسها, فضمنوا نظرا للفريقين ".

وحيث كان مناط تضمين الأجير حامل الطعام هو التهمة لا غير, فإذا انتفى المناط زال الموجب للضمان. وقد عبر عن ذلك القرافي في " الذخيرة " بقوله : " لا يضمن الطعام إذا كنت معه على الدابة أو السفينة, وإلا فلا يصدق في الطعام والإدام للتهمة في امتداد الأيدي إليه إلا ببينة أن التلف من غير فعلهم, ويصدقون في العروض ".

ج) تضمين الراعي المشترك والسمسار: ذلك المشهور في مذهب مالك عدم تضمين الأجير المشترك الذي ليس لعمله تأثير في عين المصنوع وذاته, كالراعي المشترك والسمسار من غير ثبوت تعديهم أو تفريطهم. وخالف

في ذلك ابن حبيب الأندلسي وجمع من فقهاء المالكية, وقالوا بتضمينهم للتهمة.

قال اللخمي في " تبصرته " : " الحاصل أن القياس والنظر هو عدم ضمانه, والذي تقتضيه كثيرة خيانة الرعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه. وهذا هو الذي نختاره فيه وفي سمسار الدواب, أعني الضمان فيهما ".

وقال اليزناسي في "شرح التحفة" : " كنت زمن ولايتي بمدينة تلمسان, كثيرا ما أحكم بتضمين الراعي المشترك عندما يظهر لي مخايل كذب الرعاة وتعديهم وتفريطهم, وذلك غالب أحوالهم, وأرى أن الحكم بعدم تضمينهم يؤدي إلى تلف كثير من أموال الناس, لاضطرارهم إليه في كثير من الأحيان".

د) فتوى ابن حبيب بتضمين صاحب الحمام : ذلك أن مذهب مالك في "المدونة" عدم تضمينه ما يدعى هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه. وعله ذلك كما قال اللخمي " أن صاحب الثياب إنما اشترى منافع, هو يتولى قبضها بنفسه, وهي الانتفاع بالحمام, والثياب خارجة عن ذلك, ووديعة لا صنعة فيها ولا إجارة عليها, وإن دفع صاحب الثياب أجرة للحارس كانت الأجرة للأمانة, وهي بمنزلة من أودع وديعة بإجارة, فليس أخذ الأجرة عليها يخرجه من أن يكون أمينا ".

ولكن فقيه الأندلس وإمامها ابن حبيب خالف في ذلك وذهب إلى تضمينه للتهمة, فقال: " وكذلك صاحب الحمام جرت العادة بخيانته في ثياب الناس, فيضمنها ".

هـ) تضمين الأجير المشترك استحسانا : الأصل في يد الأجير عند الحنفية – سواء أكان أجيرا خاصا أم مشتركا – أنها يد الأمانة, فلا يضمن متاع من استأجره من غير تعد أو تفريط. واستثنى الصاحبان أبو يوسف ومحمد في ذلك الأجير المشترك, وقالا : هو مضمون عليه بالقبض, فإن هلك في يده أو تلف بأي وجه من الوجوه ضمنه, إلا أن يكون من شيء غالب لا يتحفظ من مثله, مثل حريق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين

ونحو ذلك. وحجتهم على ذلك – كما قال الكاساني – " أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود, تخاف الخيانة منهم, فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس, لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك. وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب والغرق الغالب والسارق الغالب " قال صاحب تبيين الحقائق: " وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس. و به تحصل صيانة أموالهم".

ولنفس المعنى – وهو التهمة – ذهب الإمام الشافعي – في غير الأظهر – إلى تضمين الأجير المشترك, وجعل يده على متاع من أستأجره يد ضمان مطلقا.

ثامنا – اشتراط الضمان على الأمين:

وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل في المبحث الرابع.

حكم الشروط المقترنة بالعقد

19 – لقد وردت نصوص كثيرة في القرآن والسنة تثبت للعقود المسماة التي أقرها لشرع آثارا وأحكاما والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه. فعقد النكاح مثلاً يترتب عليه جل الاستمتاع بين الزوجين, ووجوب متابعة المرأة للرجل في السكنى, ووجوب النفقة للمرأة على الرجل, وثبوت النسب, وحقوق الحضانة, وحرمة المصاهرة, والإرث بين الزوجين, ثم بينهما وبين الأولاد. وكذلك عقد البيع والسلم والكفالة وغيرها, كل منها قد ثبتت له في الشرع أحكام, منها ما بينه الكتاب والسنة القولية أو العملية أو التقريرية مباشرة, ومنها ما أضافه الاجتهاد استنباطا.

20 – أما سلطة العاقدين على تعديل تلك الآثار للعقود, إما بالنقص منها, وإما بإضافة التزامات على أحد الطرفين لا يستلزمها أصل العقد, وذلك بشروط يشترطانها في التعاقد, ومدى هذه السلطة, فقد اختلفت في ذلك اجتهادات الفقهاء وأنظارهم على النحو التالي:

(أولاً):

21 – ذهب الحنفية إلى أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو التقييد, وذلك لأن لكل عقد في الشريعة أحكاما أساسية تسمى " مقتضى العقد " دلت عليها نصوص الكتاب والسنة, أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظاً للتوازن بين العاقدين في الحقوق, فليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما يخالف هذا

المقتضى, لأن مخالفته تغيير لما أوجبه الشرع. فإن اشترطا شرطاً مخالفا له فسد العقد في الجملة. واحتجوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل".

وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه " نهى عن بيع وشرط ".

22 – وقد اعتبر الفقه الحنفي كل شرط يتضمن منفعة لأحد العاقدين زائدة على أصل العقد مخالفا ومفسداً للمعاوضة المالية, كما لو اشترط في عقد البيع حمل المبيع إلى بيت المشتري على حساب البائع, أو إقراض أحد المتبايعين للآخر قرضاً ونحو ذلك. أما إذا كان ذلك الشرط في غير عقود المعاوضات المالية كالزواج مثلاً, فيلغو الشرط ويصح العقد. ولكنه استثنى من المنع في عقود المبادلات المالية ثلاثة أنواع من الشروط, فاعتبرها صحيحة لازمة, وهي:

أ) الشرط الذي ورد الشرع بجوازه, كاشتراط تأجيل ثمن المبيع واشتراط الخيار لأحد المتبايعين.

ب) الشرط الذي يلائم العقد, كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل, لأنه توثيق له.

ج) الشرط الذي يجري به العرف المعتبر شرعاً, حيث إن العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة للعقد.

قال الإمام اللكنوي: " الضابط على ما في الهداية وشروحها: أن كل شرط لا يقتضيه العقد, وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه – وهو من أهل الاستحقاق – يفسد البيع إذا لم يكن متعارفاً, ولم يرد به الشرع – كشرط الأجل في الثمن والمثمن وشرط الخيار – ولم يكن متضمنا للتوثق, كشرط الكفيل بالثمن, فإنه جائز.

وذلك كمن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع, أو ثوباً على أن يخيطه, أو عبداً على أن يبيعه المشتري بعد ذلك, أو لا يبيعه إلا منه, ونحو ذلك فإن كان وفق مقتضى العقد لا يفسد, كشرط الملك للمشتري وتسليم الثمن ونحو ذلك, وكذا إذا لم يكن فيه نفع لأحد المتبايعين, أو فيه نفع للمعقود عليه ولكنه ليس من أهل الاستحقاق, كمن باع ثوباً أو حيواناً سوى الرقيق على أن لا يبيعه ولا يهبه. وكذا إذا كان متعارفاً, كما إذا اشترى نعلين بشرط أن يحذوه البائع. والفروع مبسوطة في كتب الفروع".

(ثانياً):

23 – واتجه الشافعية وأكثر المالكية وطائفة من الحنابلة إلى نحو ما ذهب إليه الحنفية من لزوم التمسك بمقتضيات العقود إجمالاً, وعدم جواز اشتراط ما يخالفها, ولكنهم اختلفوا معهم في الفروع والتفصيلات, وفي بعض الاستثناءات ومدى صحة التوسع فيها, نظراً لتفاوت أنظارهم واجتهاداتهم فيما هو مقتضى كل عقد, وفيما هو مخالف له من الشروط, ودرجة المخالفة, ومدى إخلالها بما يلزم مراعاته في العقود.

قال البغوي: " وجملة ذلك أن كل شرط هو من مقتضى البيع أو من مصلحة البيع فهو جائز. أما مقتضاه: فهو مثل أن يبيعه عبداً على أن يحسن إليه, أو داراً على أن يسكنها إن شاء أو يسكنها غيره. وأما مصلحة العقد: فمثل أن يبيع بثمن ضرب له أجلاً معلوماً, أو شرط أن يرهن بالثمن داره, أو يقيم فلاناً كفيلاً بالثمن.

فأما مالا يقتضيه مطلق البيع من الشروط, ولا هو من مصلحة البيع, فإنه يفسد البيع إلا شرط العتق, وذلك مثل أن يشتري سلعة ما على أن يحملها البائع بيته, أو ثوباً على أن يخيطه, أو دابة على أن يسلمها في بلد كذا وفي وقت كذا, أو على أن لا خسارة عليه في ثمن المبيع, فالعقد فاسد لأنه شرط يصير به الثمن مجهولاً. وكذلك لو باع داره وشرط فيه رضا الجيران أو رضا فلان, ففاسد لما فيه من الغرر, لأنه لا يدري هل يرضى فلان أو لا. وكذا لو باعه على أن البائع متى رد الثمن عاد المبيع إليه, أو يرده المشتري إليه ففاسد, وكذلك لو باعه على أن لا يبيعه المشتري, أو على أن يبيعه, أو على أن يهبه, فلا يصح, لأنه حجر عليه فيما هو مقصود الملك من إطلاق التصرف ".

وجاء في " الأشباه والنظائر " لابن السبكي : " تنبيه قد يتردد في أن الشيء مقتضى العقد أولا؟ فيورث ذلك ترددا في أن شرطه هو يبطل أو لا".

وقال في " بداية المجتهد ": وأما مالك, فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معاً, وشروط تجوز هي والبيع معاً, وشروط تبطل ويثبت البيع. وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع, وإن تركه جاز البيع.

وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير, وقد رام ذلك في كثير من الفقهاء, وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع, وهما الربا والغرر, وإلى قلته, وإلى التوسط بين ذلك, أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك, فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط, وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط فيها, وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع.

ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب, إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها, والجمع عندهم أحسن من الترجيح. وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة".

(ثالثاً):

24 – وتتجه أصول أحمد المنصوصة عنه إلى أن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الكتاب والسنة هو حرية العقود أنواعا وشروطاً, ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه المتعاقدان ويشترطانه, ما لم يكن هناك نص أو قياس يمنع من عقد معين أو شرط محدد, فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة, ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً, كالتعاقد على الربا أو القمار أو الغرر ونحو ذلك.

وحجته على ذلك عموم قوله تعالي : { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } (المائدة الآية 1) وقوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون على شروطهم ". أما القيد الاستثنائي المانع فقد استفيد من قوله صلى الله عليه

وسلم – في حديث بريرة " كل شرط ليه في كتاب الله فهو باطل " . والمراد به ما أحل حراماً أو حرم حلالاً.

قال ابن تيمية: " وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة, وهو حقيقة المذهب, فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله, ولا يحرم ما أباحه الله, فأن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله, وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله. وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه, فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا محرماً, وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع, وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً ".

وعلى ذلك, فإن أصول الأمام أحمد المنصوصة عنه لم تعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في إرادة المتعاقدين, بمعنى أن الشارع قد فوض إلى إرادة المتعاقدين تحديد هذه المقتضيات في نطاق حقوقهما في كل مالا يصادم نصاً من نصوص الشريعة ولا ينقض أصلا من أصولها. وكثير من فقهاء الحنابلة لا يعتبرون – كغيرهم – أن كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجبه العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه, بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة, أي غير محظورة بنص شرعي.

جاء في " مجموع فتاوى ابن تيمية : " الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة, ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على

هذا القول ومالك قريب منه, لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط, فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه".

والذي انتهى إليه الإمام ابن القيم – من أجلة محققي الحنابلة – في المسألة هذا المذهب, حيث قال: " الأصل في العقود والشروط الصحة, إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه. وهذا القول هو الصحيح " . وقال : " فكل ما لم يبين الله ورسوله – صلى الله عليه وسلم – تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها, فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا, فما كان من هذه الأشياء حراماً, فلا بد من أن يكون تحريمه مفصلا, وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله, فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه ". ثم قال : " وهاهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع التي بعث الله بها رسوله, إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل, كائناً ما كان. والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه, ولا يناقض كتابه, وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط, فهو لازم بالشرط. ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة, ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية, فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع".

القول المختار:

25 – إن الذي يترجح عندي الأخذ به والتعويل عليه بعد النظر في أقاويل الفقهاء السابقة وأدلتهم وبراهينهم هو ما اتجه إليه شيخ الإسلام ابن تيمية والعلامة ابن القيم من أن الأصل في الشروط العقدية الجواز والصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه. وعلى ذلك فكل شرط يخالف نصاً أو قياساً صحيحاً

فهو فاسد مردود, وكل شرط لا يخالف نصاً ولا يعارض قياساً صحيحاً فهو صحيح معتبر, إذ لا وجه لتحريمه, فكان الواجب حله, لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه, لو لا حاجتهم إليه لما فعلوه, فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. وحيث لم يثبت تحريمه أو النهي عنه, فإنه يعتبر سائغاً شرعاً بناءً على عمومات الكتاب والسنة القاضية برفع الحرج عن العباد.

حكم اشتراط الضمان على الأمين

لدق اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الضمان على الأمين في العقد, كما إذا اشترط الضمان على المضارب أو المستأجر أو الوديع أو الوكيل أو الشريك ونحوهم, وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

26 – وهو أن هذا الاشتراط باطل, لمنافاته لمقتضى العقد. وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد المشهور في مذاهبهم. وحكي عن الثوري والأوزاعي وإسحاق النخعي وابن المنذر.

وعلى ذلك جاء في القواعد الفقهية عند الحنفية: " اشتراط الضمان على الأمين باطل " . وقال الخطابي: " الشيء إذا كان حكمه في الأصل الأمانة, فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله".

وقال الماوردي: " لأن للعقود أصولاً مقدرة, وأحكاما معتبرة, لا تغيرها الشروط عن أحكامها في شرط سقوط الضمان أو إيجابه, كالودائع والشركة, لما كانت غير مضمونة بالعقود لا تعتبر مضمونة بالشروط".

وقال القاضي عبد الوهاب: " لأن أصل العقد موضوع على الأمانة, فإذا شرط فيه الضمان, فذلك خلاف موجب أصله, والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله أوجب بطلانه".

وقال ابن قدامة: " وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجب سبب ضمانه, فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه".

27 – ولكن هل يفسد العقد لفساد الشرط المقترن به؟ اختلفوا على قولين أحدهما : للحنفية والحنابلة في المعتمد: وهو أن الشرط باطل والعقد صحيح. والثاني : للشافعية والمالكية وأحمد في رواية عنه : وهو أن الشرط باطل والعقد باطل.

القول الثاني:

28 - وهو أنه إذا اشترط الضمان على الأمين لأمر خافه صاحب العين من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك, فيلزمه الشرط إن تلفت

في ذلك الأمر الذي خافه, واشترط الضمان من أجله. وإن تلفت فيما سواه لم يلزمه الشرط. وهو قول مطرف من أصحاب مالك.

القول الثالث:

29 – وهو أن هذا الشرط صحيح ملزم وهو قول قتادة وعثمان البتي وعبيد الله بن الحسن العنبري وداود الظاهري وأحمد في رواية عنه والمالكية في غير المشهور والحنفية في المرجوح وهو المذهب الذي رجحه واعتمده وانتصر له الشوكاني من المتأخرين. إذ الأمين قد رضي لنفسه بذلك التزام ما لم يكن يلزمه واختاره, والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد. والمسلمون على شروطهم.

- جاء في المغنى لابن قدامة: وعن أحمد أنه سئل عن شرط ضمان ما لا يجب ضمانه, هل يصيره الشرط مضموناً؟ فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه, ووجوبه بشرطه, لقوله – صلى الله عليه وسلم : " المسلمون على شروطهم ".

- وجاء في " إيضاح المسالك " للونشريسي: " ونقل ابن عقاب عن شيخه أبي المطرف بن بشير أنه أملى عقداً بدفع الوصى مال السفيه قراضاً إلى رجل على جزء معلوم, وأن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه. وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك, ونصره بحجج بسطها وأدلة قررها, ومسائل استدل بها, وقال بقوله فيها. واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره, وقال: التزامه غير جائز. وفي سماع ابن القاسم ما يشهد لصحة الاعتراض على ابن بشير, وفي رسم الجواب من سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قوله".

- وجاء في شرح المنجور على " المنهج ": " ومن اشترط الضمان فيما لا يغاب عليه من العواري والرهون, وفيه فيما يغاب عليه منهما, ففي المدونة إعمال شرط الضمان في الرهن, ويتخرج فيه قول بالضمان. ولمالك وكثير من أصحابه عدم إعماله في العارية, ويتخرج فيها قول بإعماله".

- وقال ابن الحاجب: " وإذا اشترط إسقاط الضمان فيما يضمن, أو إثباته فيما لا يضمن, ففي إفادته قولان".

- وقال المقري في " قواعدة " : قاعدة : اشتراط ما يوجب الحكم خلافه, هل يعتبر أو لا؟ اختلفوا فيه ".

- وقال ابن نجيم في " الأشياء والنظائر" وهو بصدد شرحه لقاعدة " العادة محكمة ": " وحين تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن آجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار, أذن للمستأجر في استعمالها, فتلف ذلك, وقد جرى

العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر؟ فأجبت بأن المعروف كالمشروط, فكأنه صرح بضمانها عليه. والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير, تصير مضمونة عندنا في رواية. ذكره الزيلعي في العارية, وجزم به في الجوهرة.

الرأي المختار:

لقد تبين لنا بعد النظر في أقاويل الفقهاء وحججهم في حكم اشتراط تضمين يد الأمانة في ضوء المقدمات المبينة في المباحث الثلاثة الأولى ما لي:

(أولاً):

30 – أنه لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما بحوزتها من أعيان الغير إلا في حالتي التعدي أو التفريط. وأن عمدة استدلال الفقهاء على تلك المقولة هو استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز, وعليه فلا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تقصير, لأن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال معصوم بعصمة الإسلام, فلا يجوز إلا بحجة شرعية, وإلا كان من كل أموال الناس بالباطل.

وحيث كان المناط في تحليل الأموال شرعاً هو التراضي, إلا أن يرد الشرع الذي تقوم الحجة بمنع التراضي في شيء بخصوصه, كما ورد في

النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن وأكل الربا ونحو ذلك .. فإن الأمين إذا ألزم نفسه ما لم يكن يلزمه من الضمان باختياره, كان ذلك الالتزام صحيحاً, إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من التراضي على التزام الأمين الضمان. قال الشوكاني : فحيث رضي لنفسه بذلك, كان هذا الرضا الصادر منه محللاً لماله الذي يدفعه في ضمان الأمانة, ولا حجر في مثل هذا, ولا وجه لقول من قال : أنه لا يصح.

ولو كان تضمين الأمين من غير تعد أو تفريط يهدم أصلاً شرعياً أو يخالف نصاً ثابتاً لما ساغ لأحد من الفقهاء أن يقول بتضمين الأمين للتجهيل أو للتهمة أو للمصلحة أو للعرف والعادة .. ولما وقع اختلاف بين الفقهاء في العديد من الأيدي : هل هي يد أمانة فلا تضمن بدون تعد أو تفريط أو يد ضمان فتضمن مطلقاً, كيد المستعير والمرتهن والوكيل بأجر والصانع .. الخ.

(ثانياً):

31 – أن هذه المسألة في حقيقتها فرع عن قاعدة الأصل في الشروط المقترنة بالعقد. وقد ترجح لنا فيها أن الأصل في الشروط العقدية الجواز والصحة إلا ما أبطله الشرع أو نهى عنه, كما قال ابن تيمية : " القياس المستقيم في هذا الباب, الذي عليه أصول أحمد وغيره من فقهاء الحديث أن اشتراط الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع, ولم يرد في النهي عن هذا الاشتراط أو إبطاله نص شرعي, فكان صحيحاً ملزماً.

فإن قيل : هذا شرط ينافي مقتضى العقد. أجيب إن أريد بذلك أنه ينافي العقد المطلق, فهذا لا يضر, لأن هذا حال كل شرط زائد وإن أريد أنه ينافي

العقد المطلق والمقيد (أي ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد) فهذا يحتاج إلى دليل .. ولا يوجد دليل من كتاب أو سنة أو قياس صحيح على أن اشتراط الضمان على الأمين ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد.

وقد وضع الإمام ابن القيم يده على سر المسألة وحل المعضلة في قاعدة الشروط المقترنة بالعقود حيث قال : " أباح الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها, فيباشر من الأسباب ما يحله له بعد أن كان حراماً عليه, أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له, أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً, أو يسقطه بعد وجوبه, وليس في ذلك تغيير لأحكامه, بل كل ذلك من أحكامه, فهو الذي أحل وحرم وأوجب وأسقط, وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا.

فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يجل له ما كان حراماً عليه قبله, وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمه عليه, ويسقط عند ما كان واجبا عليه من حقوقها, كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط. فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له, وقد قال تعالي : { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } فأباح التجارة التي تراضى بها المتبايعان, فإذا تراضيا على شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك, ولا يجوز إلغاؤه, وإلزامهما بما لم يلتزماه, ولا ألزمهما الله ولا رسوله به, ولا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله به, ولا هما التزماه, ولا إبطال ما شرطاه مما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه ومحرم الحلال كمحلل الحرام.

(ثالثاً) :

32 - صح عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه استعار من صفوان بن أمية يوم حنين أدراعاً فقال: أغصباً يا محمد؟ قال : بل عارية مضمونة.

فدل قوله – علية الصلاة والسلام : " مضمونة " على أن اشتراط ضمان العارية على المستعير الأمين صحيح ملزم, حيث إنه جعل لفظ " مضمونة " صفة مخصصة, أي أستعيرها منك عارية مشروطاً فيها الضمان, ومتصفة بأنها مضمونة, لا عارية مطلقة عن الضمان كله هو الأصل فيها.

قال الشوكاني : إن العارية لا تضمن إلا بأحد أمور ثلاثة : الأول التعدي, والثاني الاستهلاك. والثالث اشتراط الضمان, لما في حديث صفوان, وإن كان فيه مقال, فهو لا يقصر عن الانتهاض للاحتجاج به, ولا سيما إذا كان الشارط المعير ورضي المستعير, فإنه رضي بالإلزام نفسه, وجميع هذه الأسباب داخلة تحت قوله – صلى الله عليه وسلم: على اليد ما أخذت حتى تؤديه ".

(رابعاً):

33 – إذا جاز تضمين الأمناء جبراً بدون رضاهم عند جريان العرف بذلك في قول بعض فقهاء المالكية والحنفية, فلأن يجوز تضمينهم بالشرط

أولى, لأن مبنى تضمينهم بمقتضى العرف إنما هو اعتباره بمنزلة الشرط. فحيث ثبت الحكم بالتضمين في المقيس, فإنه يكون ثابتاً ومقرراً في المقيس عليه لا محالة.

(خامساً):

34 – لقد أجاز المالكية في المشهور تطور الأمين بالتزام الضمان بعد تمام عقد الأمانة, واعتبروه صحيحاً ملزماً, بناءً على قاعدة التزام التبرعات في مذهبهم.

وعندي أنه إذا صح التزام الأمين بالضمان بعد العقد, فإنه يصح التزامه به في العقد, لأن ثبوته في حالة التطوع به بعده بناء على أنه تبرع بالمعروف, وهو واجب على من التزمه, وثبوته أيضاً في حالة الشرط بناء على أن تطوع بالتزام ما لم يكن يلزمه في صلب العقد, فكان واجبا أيضاً على من التزمه, وهو ما أفتى به ابن بشير من محققي المالكية, وصححه وانتصر له ابن عتاب من تلاميذه. ذلك أن ما لا يجوز التزامه في العقد لا يجوز التطوع بالتزامه بعده, كما في التزام المقترض تطوعاً بعد القرض بزيادة على ما اقترضه, فإنه غير جائز شرعاً, كما لو كان مشترطاً في العقد.

(سادساً):

35 – إذا جاز تضمين الأمناء بالتهمة عند المالكية في المشهور وغيرهم في مسائل كثيرة, والمراد بها " رجحان الظن وغلبة الاحتمال بشهادة العرف

في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه " فإنه يجوز تضمين الأمناء بالشرط, إذ المناط وهو التهمة موجود في معظم حالات اشتراط الضمان على الأمين, إذ لولاه لما اشترطه صحاب المتاع بل إن التراضي على شرط الضمان – وهو واقع غالباً بسبب التهمة – أولى وأرجح من تضمين الأمناء جبراً بدون رضاهم عند قيام مظنتها في تلك المسائل التي ذكروها, والعبرة للكثير الغالب لا للقليل النادر, وخاصة مع فساد الزمان, وعدم مبالاة الناس بأكل الحرام, وحرصهم على الوصول إلى المال بأي سبيل, وتعذر أو تعسر إثبات صحاب المتاع تعدي الأمين أو تفريطه في كثير من عقود الأمانة, وهو ما يحمل على اشتراط الضمان فيها أو يلجئ إليه.

(سابعاً):

36 – لقد ذهب المالكية في المشهور إلى تضمين الصناع, مع أنهم في الأصل أجراء مؤتمنون, لا يضمنون بدون تعد أو تفريط. واستندوا في ذلك – كما حكى ابن رشد إلى مبدأ أساسي في تضمين الأمناء, وهو أن الضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي, أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال " ثم أوضح أن مبنى قولهم بتضمين الصانع هو الوجه الثاني, وقال : " ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعه " أي إلى تصنيع أموال الناس وإتلافها.

وعلى ذلك : فإذا كانت " المصلحة العامة وصيانة أموال الناس " قاعدة معتبرة شرعاً في جعل يد الأمين ضامنة جبراً بغير رضاه, فلأن تعتبر ضامنة برضاه واختياره عند اشتراطه ذلك على نفسه في العقد أو اشتراطه عليه وقبوله به أولى. ولا أدل على أن في اشتراط الضمان على الأمين حاجة معتبرة ومصلحة راجحة من أمرين:

أحدهما: أن هذا الاشتراط عمل مقصود للناس يحتاجون إليه, إذ لو لا حاجتهم إليه لما فعلوه, فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. من حيث لم يثبت تحريمه بنص, فإنه يلزم القول بإباحته وصحته رفقاً بالناس وتيسيراً عليهم اعتباراً لعمومات الكتب والسنة القاضية برفع الحرج عن العباد في معاملاتهم. وقد كان الإمام أبو يوسف يقول دائماً : " وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى, لأن الحرج مرفوع ".

والثاني: أن جمهور الفقهاء الذاهبين إلى أن اشتراط الضمان على الأمين باطل لما أدركوا ما في هذا الرأي من تفويت مصالح معتبرة على الناس لجئوا إلى فتح باب الحيل لتضمين الأمناء, وتعليمها للناس, حفاظاً على مصالحهم من الضياع ونظراً إلى حاجتهم لذلك, وأضرب لذلك بعض الأمثلة والشواهد:

أ) قال أبو حاتم القزويني الشافعي: " والرهن لا يصير مضموناً على المرتهن, والحيلة في أن يصير مضموناً : أن يعيره, ثم يرهنه عنده, فيكون مرهوناً عنده, مضموناً عليه إن تلف" .

ب) وقال ابن القيم الحنبلي في " إعلام الموقعين " : " إذا رهن عنده رهناً ولم يثق بأمانته, وخاف أن يدعي هلاكه ويذهب به, فالحيلة في أن يجعله مضمونا عليه أن يعيره إياه أو لا, فإذا قبضه رهنه منه بعد ذلك, فإذا تلف كان في ضمانه, لأن طريان الرهن على العارية لا

يبطل حكمها, لأن المرتهن يجوز له الانتفاع بها بعد الرهن, كما كان ينتفع بها قبله ".

ج) وقال السرخسي الحنفي: " لو أن رجلاً أراد أن يدفع مالاً مضاربة إلى رجل, وأراد أن يكون المضارب ضامناً له, فالحيلة في ذلك أن يقرضه رب المال المال إلا درهماً, ثم يشاركه بذلك الدرهم فيما أقرضه على أن يعملا, فما رزقهما الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما على كذا, وهذا صحيح, لأن المستقرض بالقبض يصير ضامناً للمستقرض متملكاً له, ثم الشركة بينهما مع التفاوت في رأس المال صحيحة, والربح بينهما على الشرط, على ما قال علي رضي الله عنه: الربح على ما اشترطا, والوضعية على المال. ويستوي إن عملا جميعاً أو عمل به أحدهما فربح, فإن الربح يكون بينهما على هذا الشرط".

د) وجاء في " تبيين الحقائق " للزيلعي: " وإذا أراد رب المال أن يجعل رأس المال مضموناً على المضارب أقرضه رأس المال كله, ويشهد عليه ويسلمه إليه, ثم يأخذه منه مضاربة, ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل, فإذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط, وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض, وإن لم يربح أخذ رأس المال بالقرض, وإن هلك هلك على المستقرض, وهو العامل".

وعندي أن تخريج جواز اشتراط الضمان على الأمين بناء على الحاجة والمصلحة الراجحة وسد الذرائع إلى إتلاف الأموال وتضييعها على أربابها خير وأولى من التشديد بالمنع, ثم اللجوء إلى تضمينه عن طريق الحيل الفقهية..

فإن قيل: إن قياس تضمين الأمناء بالشرط على تضمين الصناع للمصلحة (أي مصلحة أرباب السلع والصناع) قياس مع الفارق لأن الصناع لو لم يضمنوا لانبسطت أيديهم على أموال الناس, وتسارعوا إلى أكلها بالباطل, وادعاء التلف والضياع, والناس في حاجة إلى استعمالهم – وليس هذا المعنى بمتحقق في سائر الأمناء؟

أجيب: إن صاحب المتاع لا يلجأ عادة إلى اشتراط الضمان على الأمين إلا حيث لا تتوفر الثقة الكافية بأمانته وقيامه بحفظ ما اؤتمن عليه لصاحبه, ولا تتحقق طمأنينته بإمكان إثبات تعديه أو تفريطه إن وقع وادعى الهلاك والضياع بدون ذلك, ولهذا فإنه صيانة لما له وسدا لذريعة إتلافه وتضييعه عليه يشترط على الأمين ضمانه, والناس بحاجة إلى إجراء عقود الأمانة.. وتلك مصلحة ظاهرة راجحة, وهي نفس المناط في المقيس عليه, بل إنها أرجح وأوضح مما ذكر المالكية من مصلحة تضمين الصناع, لأنها مظنونة أو موهومة في كثير من الأحوال, حتى أن بعض أئمتهم ومحققيهم وهو المقري قال: " وما يقال من أنهم لو يضمنوا أسرعوا إلى كل أموال الناس, وأحوجوهم إلى ما يضر بهم, فقد كذبه العيان, لأن غالب من وراء الإسكندرية إلى أقصى المشرق لا يضمنونهم, ولم يقع فيهم شيء من ذلك, لإبقائهم على أسباب معاشهم مع أن أولئك الصناع شر من هؤلاء بكثير" .

37 – فبناء على ما تقدم, فإنه يترجح في نظري جواز اشتراط الضمان على الأمناء, وأنه صحيح ملزم, إذا يؤد ذلك الشرط إلى تفريغ عقد الأمانة من مضمونه, وتعريته عن حقيقته, واتخاذه ذريعة إلى التعامل بالربا.

فإن ترتب عليه ذلك كان اشتراط الضمان على الأمين حراماً باطلاً, كسائر الحيل المذمومة التي تهدف إلى إبطال مقصود الشارع في أحكامه, إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني, والمطلوب من الأوامر والنواهي حقائقها وأرواحها ومقاصدها, لا مجرد صورها وأشباحها ورسومها. والله تعالى أعلم.

وآخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين ..

الخاتمة

لقد انتهينا بعد الدراسة الفقهية المقارنة لأقوال الفقهاء ومذاهبهم حول يد الأمانة وحكمها, وموجبات ضمانها, ومدى صحة اشتراط الضمان على الأمناء إلى ما يلي:

1- أن اليد التي تعني في المصطلح الفقهي " الاستيلاء على الشيء بالحيازة " تسمى : يد ضمان, ويد أمانة.

2- فأما يد الضمان : فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه – كالغاصب والسارق – أو بإذنه ولكن بقصد تملكه, كالقابض على سوم الشراء والملتقط بنية التملك. وأن حكمها الضمان مطلقاً, أي غرم ما يتلف تحتها من مال الغير, أياً كان سبب هلاكه.

3- وما يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه, لا بقصد تملكه, لمصلحة تعود لمالكه (كالوديع والوكيل والولي والوصي والناظر) أو لمصلحة تعود للحائز (كالمستعير والمرتهن والمستأجر والقابض على سوم النظر) أو لمصلحة مشتركة بينهما (كالمضارب والشريك والمزارع و المساقي). وأن حكم هذه اليد في الأصل أنها لا تتحمل تبعة هلاك أو ضياع ما تحتها من مال الغير ما لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليه.

4- أما عن تحديد الأيدي الأمينة شرعاً, فقد اتفق الفقهاء على أن يد الوديع والمستأجر والمضارب والشريك والرسول والأجير الخاص والوكيل بغير أجر والولي والوصي على مال الصغير والمحجور والناظر على الوقف وبيت المال والملتقط بنية التعريف ومن ألقت الريح في بيته متاعاً لغيره..

كلها أيدي أمانة, وتسري عليها أحكامها ولكنهم اختلفوا في أيدً أخرى, كيد المستعير والمرتهن والوكيل بأجر الأجير المشترك والصناع, فذهب بعضهم إلى أنها يد ضمان, وذهب غيرهم إلى أنها يد أمانة ويرجع اختلافهم في ذلك إلى عدة أسباب:

أحدهما: أن بعض هذه الأيدي يتنازعها شبهان, أحدهما: إلى الأيدي الأمينة والثاني: إلى الأيدي الضامنة والأنظار مختلفة في ترجيح غلبة أحدهما.

والثاني: استحسان بعض الفقهاء تضمين بعض الأمناء في الأصل لداعي التهمة, سداً لذريعة إتلاف الأموال وتضييعها.

والثالث: اختلاف العلماء في ثبوت أو دلالة بعض الأحاديث المتعلقة بالموضوع.

5- لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يتلف بحوزتها من غير تعد أو تفريط. ولهذا انحصر استدلال الفقهاء على أصل عدم تضمينها بأمرين:

أحدهما: اعتبار الحائز نائباً عن المالك في اليد والتصرف, وذلك يستوجب أن يكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكها.

والثاني: استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز. وهذا يقتضي عدم جواز تضمين يد الأمانة إلا بموجب شرعي.

6- أن هناك موجبات شرعية عديدة لانقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان, منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء, كالتعدي والتفريط, ومنها ما هو مختلف فيه, أو نص عليه بعض الفقهاء دون سائرهم: مثل التجهيل, والتهمة, والمصلحة العامة, والعرف, وتطوع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد واشتراط الضمان على الأمين.

7- وأن الفقهاء اختلفوا فيما هو الأصل في حكم الشروط العقدية التي فيها مخالفة أو تعديل لمقتضيات العقد, وذلك على ثلاثة اتجاهات:

أحدها : للحنفية, وهو أنها شروط فاسدة إلا إذا جرى بها العرف.

والثاني : للشافعية والمالكية وبعض الحنابلة, وهو أنها شروط فاسدة في الجملة باستثناء بعض الشروط التي اقتضت ضرورة الجمع بين الأحاديث المتعارضة إباحتها, أو التي نازعوها في كونها مخالفة لمقتضى العقد.

والثالث : للإمام أحمد بن حنبل, كما جاء في جل أصوله المنصوصة عنه, وهو أنها صحيحة ملزمة إذا لم تخالف نصاً شرعياً, لأن الأصل في الشروط العقدية عموماً الجواز والصحة إلا ما دل الكتاب أو السنة أو القياس الصحيح على حظره أو إبطاله.

وقد ترجح لدينا الاتجاه الأخير, وهو ما اختاره ورجحه وانتصر له شيخ الإسلام ابن تيمية والعلامة ابن القيم.

8- أن مسألة اشتراط الضمان على الأمين ومدى صحته قضية فقهية خلافية تباينت فيها أنظار العلماء منذ القرن الهجري وحتى العصور المتأخرة, وللفقهاء فيها ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن هذا الشرط باطل, وهو اتجاه المذاهب الأربعة على المشهور المعتمد عندهم.

والثاني: أنه صحيح ملزم. وهو قول قتادة وعثمان البتي وعبيد الله بن السحن العنبري وداود الظاهري وأحمد في رواية عنه والمالكية في غير المشهور والحنفية في المرجوح. وقد رجح هذا القول وانتصر له الإمام الشوكاني من المتأخرين.

والثالث: التفصيل في المسألة وهو قول مطرق في أصحاب مالك.

وبعد النظر في أدلة الفقهاء ومناقشتها ظهر لنا رجحان القول بجواز اشتراط الضمان على الأمين, وأنه صحيح ملزماً شرعاً ما لم يتخذ حيلة إلى قرض ربوي.

9- أن المراد بتضمين الأمين بالشرط – في الاصطلاح الفقهي – منحصر في " ضمان المتلفات ", بمعنى جعله متحملاً لتبعة الهلاك الكلي أو الجزئي – مهما كان سببه – للمال الذي حازه في عقد الأمانة, بحيث يلتزم برد مثل التالف إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات. وعلى ذلك فلا يغرب المضارب شيئاً من الخسارة والنقصان في رأس مال المضاربة – بدون تعديه أو تفريطه – إذا اشترط عليه الضمان, لأنه ذلك الغرم خارج عن موجبات ذلك الشرط أصلاً, بالإضافة إلى أنه غير سائغ شرعاً, والله تعالى أعلم.

مراجع البحث

- الأحكام للقاضي أبي المطرق المالقي, ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1992م.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني, ط المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1399هـ.
- أساس البلاغة للزمخشري, ط. دار المعرفة بيروت سنة 1982م.
- أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري, مط. الميمنية بمصر سنة 1313هـ.
- الأشباه والنظائر للتاج السبكي, ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة 1411هـ.
- الأشباه والنظائر لابن نجيم, ومعه حاشية ابن عابدين عليه, ط. دار الفكر بدمشق سنة 1403هـ.
- الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر, ط. دار إحياء التراث الإسلامي بقطر سنة 1986م.
- الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي, مط الإدارة بتونس.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية, مط السعادة بمصر 1374هـ.
- إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان لابن القيم, مط . أنصار السنة المحمدية بمصر سنة 1358هـ.
- إيثار الأنصاف في آثار الخلاف لسبط ابن الجوزي, ط. دار السلام بمصر سنة 1408هـ.

- إيضاح المسالك لقواعد الإمام مالك للونشريسي, ط الرباط سنة 1400هـ.

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم, ط دار الكتب العربية الكبرى بمصر 1333هـ.
- بدائع الصنائع للكاساني, مط الجمالية بمصر سنة 1327هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد, مط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1379هـ.
- البهجة شرح التحفة للتسولي, مط . مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1370هـ.
- التاج والإكليل على مختصر خليل للمواق, مط السعادة بمصر سنة 1329هـ.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي, مط. بولاق بمصر سنة 1313هـ.
- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب, ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1404هـ.
- تحفة المحتاج على المنهاج لابن حجر الهيتمي, مط. الميمنية بمصر 1315هـ.
- التعريفات للشريف الجرجاني, ط. الدار التونسية للنشر 1971م.
- التفريع لابن الجلاب البصري المالكي, ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1408هـ.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني, ط. شركة الطباعة الفنية بمصر سنة 1384هـ.
- تهذيب الفروق والقواعد السنة في الأسرار الفقهية لابن حسين, المالكي, مط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1346هـ.
- التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي, ط. دار الفكر بدمشق سنة 1410هـ.
- حاشية الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم, ط. استانبول سنة 1290هـ.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير, مط. مصطفى محمد بمصر سنة 1373هـ.
- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج للمحلي, ط. عيسى البابي الحلبي بمصر سنة 1394هـ.

- الحاوي الكبير للماوردي, ط. دار الفكر بيروت سنة 1414هـ.
- الحيل في الفقه لأبي حاتم القزويني الشافعي, ط. هانوفر سنة 1924م.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني, ط. مكتبة ابن تيمية بمصر.
- الذخيرة للقرافي المالكي, ط. دار الغرب الإسلامي بيروت 1994م.
- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين, مط الأميرية ببولاق سنة 1272هـ.
- روضة الطالبين للنووي, ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1388هـ.
- روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني, مط. أسعد ببغداد سنة 1389هـ.
- سننن الدارقطني, ط. دار المحاسن بالقاهرة سنة 1386هـ.
- السنن الكبرى للبيهقي, ط. حيدر أباد الدكن بالهند سنة 1352هـ.
- سنن ابن ماجة القزويني, ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1373هـ.
سنن النسائي, مط. المصرية بالقاهرة سنة 1348هـ.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني, ط. دار الكتب العلمية ببيروت سنة 1405هـ.
- شرح الزرقاني على مختصر خليل, مط. محمد مصطفى بمصر سنة 1307هـ.
- شرح السنة للبغوي, ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1391هـ.
- شرح المجلة للأتاسي, مط. حمص سنة 1352هـ.
- شرح المنجور على المنهج إلى قواعد المذهب, ط دار الشنقيطي بمصر.
- شرح منتهى الإرادات للبهوتي الحنبلي, ط. مصر.

- شرح ميارة على تحفة وحاشية الحسن بن رحال المعداني عليه, مط. الاستقامة بمصر.
- عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي لابن العربي, مط. الصاوي بمصر سنة 1353هـ.

- عدة البروق في جميع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي, ط. دار الغرب الإسلامي بيروت سنة 1410هـ.
- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين, مط. الأميرية ببولاق سنة 1300هـ.
- الفائق في غريب الحديث للزمخشري, ط. عيسى البابي الحلبي بمصر سنة 1971م.
- الفتاوى الطرسوسية, مط. الشرق بالقاهرة سنة 1344هـ.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية, ط. دار الريان للتراث بمصر سنة 1408هـ.
- الفتاوى الهندية (العالم كيرية) مط. الأميرية ببولاق سنة 1310هـ.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني, مط. السلفية بمصر.
- الفروق للقرافي, مط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1344هـ.
- القاموس المحيط للفيروز أبادي, ط. مؤسسة الرسالة ببيروت سنة 1406هـ.
- القواعد لابن رجب, مط. الصدق الخيرية بمصر سنة 1352هـ.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام, ط. دار الطباع بدمشق سنة 1413هـ.
- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية, مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1370هـ.
- القوانين الفقهية لابن جزي الغرناطي, ط. الدار العربية للكتب بتونس سنة 1982م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي, مط . الحكومة بمكة المكرمة سنة 1394هـ.
- كشف القناع عن تضمين الصناع للحسن بن رحال المعداني, ط. الدار التونسية للنشر سنة 1986م.
- المبسوط للسرخسي, مط . السعادة بمصر سنة 1324هـ.
- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل للقاري, ط. مكتبات تهامة بجدة سنة 1401هـ.

- مجلة الأحكام العدلية, ط. بيروت سنة 1388هـ.
- مجمع الضمانات للبغدادي, مط. الخيرية سنة 1308هـ.
- المجموع شرح المهذب النووي, مط. التضامن الأخوي بمصر سنة 1348هـ.
- مجموع فتاوى ابن تيمية, ط. الرياض / السعودية 1398هـ.
- المحلى لابن حزم الأندلسي, مط. المنيرية بمصر سنة 1350هـ.
- مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي, اختصار الجصاص, ط. دار البشائر الإسلامية ببيروت سنة 1416هـ.
- مختصر سنن أبي داود للمنذري, مط . أنصار السنة المحمدية بمصر سنة 1369هـ.
- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا, مط. الجامعة السورية بدمشق سنة 1952م.
- المدونة الكبرى للإمام مالك, مط. السعادة بمصر سنة 1323هـ.
- مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري باشا, مط. الأميرية بمصر سنة 1931م.
- المستدرك للحاكم النيسابوري, ط. حيدر أباد الدكن بالهند سنة 1341هـ.
- المصباح المنير للفيومي, مط. الأميرية ببولاق مصر سنة 1324هـ.
- معالم السنن للخطابي, مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1948م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي, ط. المكتبة التجارية بمكة المكرمة.

- المغرب للمطرزي, ط. حلب سنة 1402هـ.
- المغني لابن قدامي المقدسي, ط. هجر بمصر سنة 1410هـ.
- مغني المحتاج على المنهاج للخطيب الشربيني, مط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1377هـ.

- المفـردات لألفـاظ القـرآن للراغـب الأصـبهاني, ط. دار القلـم بدمشـق سـنة 1412هـ.
- المقدمات الممهدات للقاضي ابن رشد الجد, ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1408هـ.
- المنثور في القواعد للزركشي, ط. وزارة الأوقاف بالكويت سنة 1402هـ.
- المهذب للشيرازي, ط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1379هـ.
- مواهـب الجليـل شـرح مختصـر خليـل للحطـاب, مـط. السـعادة بمصـر سـنة 1329هـ.
- الموطأ للإمام مالك بن أنس, مط. عيسى البابي الحلبي بمصر سنة 1951م.
- نيل الأوطار على منتقى الأخبار للشوكاني, ط. دار الكتب العلمية ببيروت سنة 1403هـ.
- وبـل الغمـام علـى شـفاء الأوام للشـوكاني, ط. مكتبـة ابـن تيميـة بالقـاهرة سـنة 1416هـ.